

OPINIÓN N° 106-2022/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Yauyucan

Asunto: Constitución de Fideicomiso

Referencia: Formulario S/N de fecha 04.NOV.2022 – Consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de Abastecimiento de la Municipalidad Distrital de Yauyucan, señora (ita) Roxani Martínez Fonseca, formula consultas referidas a la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos y vinculadas entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444; así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N°2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019; y, por el Decreto de Urgencia N°016-2022 vigente a partir del 17 de julio hasta el 31 de diciembre de 2022
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377-2019-EF, D.S N°162-2021-EF, y, D.S. N°234-2022-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 “Está permitido la constitución de un fideicomiso de adelantos (directo y materiales) cuando en las bases no fueron incorporados la obligación de constituir un fideicomiso” (Sic.)**

2.1.1 De manera previa es importante indicar que a partir del 28 de octubre de 2022, entró en vigor el Decreto Supremo N°234-2022-EF que –entre otras disposiciones normativas– modifica la regulación de los adelantos que pueden otorgarse al contratista; así como del fideicomiso para la administración de tales adelantos.

Tales modificaciones, de conformidad con lo previsto en la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N°234-2022-EF, resultan aplicables a los procedimientos de selección que hayan sido convocados a partir de su entrada en vigor –esto es a partir del 28 de octubre de 2022–; así como a los contratos que deriven de dichos procedimientos.

En ese sentido, a fin de atender la consulta formulada, a continuación, se desarrollarán aspectos generales de los adelantos y del fideicomiso teniendo en cuenta la normativa de contrataciones del Estado anterior a la modificación efectuada por el precitado Decreto Supremo; así como aquella que se encuentra vigente a partir de la referida modificación.

Los adelantos y el fideicomiso en la normativa de contrataciones del Estado anterior a la entrada en vigor del Decreto Supremo 234-2022 -EF

2.1.2 En principio corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad de otorgar adelantos al contratista con la finalidad de brindarle financiamiento y/o liquidez que permita la ejecución oportuna y correcta de las prestaciones del contrato; de esta manera, se evita que el contratista recurra a fuentes de financiamiento externas que incrementen el costo de la contratación y que, como consecuencia, trasladen dicho incremento a la Entidad.

En ese sentido, el artículo 38 de la Ley establece que el otorgamiento de adelantos al contratista será posible siempre que ello haya sido establecido en los documentos del procedimiento de selección, de acuerdo con las condiciones y exigencias previstas en el Reglamento en virtud del objeto de la contratación.

Así, cuando el objeto del contrato consiste en la ejecución de una obra, el artículo 180 del Reglamento –en su versión anterior a la modificación efectuada por el Decreto Supremo N°234-2022-EF– señalaba que los documentos del procedimiento de selección podían establecer adelantos directos y adelantos para materiales o insumos, los cuales en ningún caso debían exceder el diez por ciento (10%), y, el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original, respectivamente.

Cabe precisar que la Entidad solo entregaba los adelantos directos y para materiales o insumos, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto¹. No obstante, dicha exigencia podía ser exceptuada cuando en las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de obras, se haya contemplado la obligación de

¹ La finalidad de esta norma contemplada en el artículo 153 del Reglamento consiste en salvaguardar la amortización total del adelanto entregado por la Entidad al contratista y, de esta manera, asegurar la recuperación de los fondos públicos involucrados al otorgarse tal adelanto.

constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos destinados a la ejecución de obra en calidad de adelanto.

- 2.1.3 Al respecto, el artículo 184 del Reglamento establecía que la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, podía ser incorporada por la Entidad en las bases del procedimiento de selección, con la finalidad de garantizar que tales recursos, durante su ejecución, se apliquen exclusivamente a la obra contratada.

En consecuencia, en los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados antes de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos –directos y para materiales o insumos– destinados a la ejecución de la obra, solo será posible siempre que dicha obligación se encuentre prevista en los documentos del procedimiento de selección.

Los adelantos y el fideicomiso en la normativa de contrataciones del Estado vigente a partir de la entrada en vigor del Decreto Supremo 234-2022 -EF

- 2.1.4 El artículo 180 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo N°234-2022-EF establece que, cuando el objeto de la contratación consiste en la ejecución de una obra, los documentos del procedimiento de selección pueden establecer los siguientes tipos de adelanto: i) directos, ii) para materiales e insumos, y, iii) para equipamiento y mobiliario, en contratos bajo la modalidad llave en mano. Asimismo, precisa que los adelantos directos en ningún caso exceden en conjunto el diez por ciento (10%) del monto del contrato original; mientras que, los adelantos para materiales e insumos, y los adelantos para equipamiento y mobiliario, en conjunto no deben superar el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original.

Ahora bien, los adelantos antes mencionados solo pueden ser entregados al contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto; sin embargo, el contratista queda exceptuado de cumplir esta exigencia cuando en las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, se haya contemplado la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de tales adelantos.

Sobre el particular, el 184 del Reglamento –modificado por el Decreto Supremo N°234-2022-EF–, señala que en principio la Entidad puede establecer en las bases del procedimiento de selección, la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos. No obstante, cuando la Entidad no haya contemplado dicha obligación en los documentos del procedimiento, las partes pueden acordar su incorporación al contrato observando lo dispuesto en el numeral 184.9 del precitado artículo.

De lo mencionado se concluye que, en los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, será posible cuando dicha obligación se encuentre prevista en los documentos

del procedimiento de selección, o, en su defecto, cuando las partes hayan acordado su incorporación al contrato conforme a los requisitos y exigencias contempladas en el numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento.

2.2 “Cuando se constituye un fideicomiso en el caso de ejecución de obras la empresa ejecutora no está obligada a presentar las garantías por adelantos aun cuando en los documentos del procedimiento de selección no esté establecido la obligación de constituir un fideicomiso” (Sic.)

2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la exigencia de presentar una garantía para el otorgamiento de los adelantos puede ser exceptuada cuando en las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de obras, se contemple la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos destinados a la ejecución de obra en calidad de adelanto.

En ese sentido, en los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados antes de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, el contratista está exceptuado de presentar la garantía correspondiente para el otorgamiento de adelantos, siempre que los documentos del procedimiento de selección contemplen la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos.

Por su parte, en los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, el contratista se encuentra exceptuado de presentar la garantía correspondiente para el otorgamiento de adelantos, cuando la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos se encuentre prevista en los documentos del procedimiento de selección, o, las partes hayan acordado su incorporación al contrato de conformidad con el numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento.

3. CONCLUSIONES

3.1 En los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados antes de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos –directos y para materiales o insumos– destinados a la ejecución de la obra, solo será posible siempre que dicha obligación se encuentre prevista en los documentos del procedimiento de selección.

3.2 En los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, será posible cuando dicha obligación se encuentre prevista en los documentos del procedimiento de selección, o, en su defecto, cuando las partes hayan acordado su incorporación al contrato conforme a los requisitos y exigencias contempladas en el numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento.

- 3.3 En los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados antes de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, el contratista está exceptuado de presentar la garantía correspondiente para el otorgamiento de adelantos, siempre que los documentos del procedimiento de selección contemplen la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos.
- 3.4 En los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, el contratista se encuentra exceptuado de presentar la garantía correspondiente para el otorgamiento de adelantos, cuando la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos se encuentre prevista en los documentos del procedimiento de selección, o, las partes hayan acordado su incorporación al contrato de conformidad con el numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento.

Jesús María, 30 de noviembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH.